

O regime matrimonial de bens supletivo no direito luso-brasileiro. (*)

(Subsídios para uma revisão crítica do problema)

Guilherme Braga da Cruz

Professor da Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra.

I

Os direitos português e brasileiro, como expressão dum fundo histórico comum, apresentam por vêzes particularidades que lhes marcam um lugar muito especial perante os sistemas jurídicos dos demais povos civilizados (1). Entre essas particularidades, nenhuma ocupa lugar de tanto relevo — dada a projeção social que tem — como a do regime supletivo de bens no matrimônio. Portugal e Brasil mantêm-se fiéis, em meados do século XX, a um regime de bens supletivo que mergulha as suas raízes nos primórdios da nacionalidade português e que se encontra, hoje em dia, abandonado da generalidade dos sistemas jurídicos

(*) Comunicação ao III Colóquio Internacional de Estudos Luso-Brasileiros, realizado em Lisboa, em Setembro de 1957.

(1) Cfr. BRAGA DA CRUZ, *Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro*. Comunicação apresentada ao II Colloquium internacional de estudos luso-brasileiros (São Paulo, 1954) e publicada na revista *Scientia Iuridica* (vol. IV, págs. 234 e segs.) e na *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 50.º, págs. 32 e segs.)

vigentes: o *regime da comunhão geral de bens* (2), também chamado “casamento segundo o costume do Reino”, no Código Civil português (3), e “regime de comunhão universal”, no Código Civil brasileiro (4).

O regime da comunhão geral de bens, já mencionado como supletivo num foral português do século XII (Ferreira de Aves) (5) e noutro dos começos do século XIII

(2) A data da promulgação do Código Civil brasileiro, em 1916, apenas adotavam o regime de comunhão geral de bens como supletivo, além de Portugal e do Brasil, a Holanda, a Noruega, a Dinamarca e a Finlândia. Cfr. MANUEL PAULO MERÊA, *Código Civil brasileiro anotado* (Lisboa, 1917), pág. 123. Ignoramos se, na legislação mais recente destes últimos países, foi introduzida alguma alteração a este respeito.

A comunhão geral de bens é ainda hoje adotada também, como regime supletivo, em alguns sistemas jurídicos formais de Espanha, como, por exemplo, na Biscaia. Cfr. CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, vol. III (Madrid, 1944), pág. 557; e anotações à tradução espanhola do *Tratado de derecho civil*, de ENNECCERUS, KIPP e WOLFF, vol. IV. 1 (Barcelona, 1945), págs. 270.

(3) *Código Civil português*, art.º 1098.º: “Na falta de qualquer acôrdo ou convenção, entende-se que o casamento é feito segundo o costume do reino, exceto se for contraído com quebra das disposições do artigo 1058.º, n.os 1.º e 2.º; porque, nesse caso, entender-se-á que os cônjuges são casados com simples comunhão de adquiridos”. E art.º 1108.º: “O casamento, segundo o costume do reino, consiste na comunhão, entre os cônjuges, de todos os seus bens presentes e futuros não excetuados na lei”.

(4) *Código Civil brasileiro*, art.º 258.º: “Não havendo convenção, ou sendo nula, vigorará, quanto aos bens, entre os cônjuges, o regime da comunhão universal. § único: É, porém, obrigatório o da separação de bens no casamento: I II . . III IV ...”. E art.º 262.º: O regime da comunhão universal importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com as exceções dos artigos seguintes”.

(5) *Foral de Ferreira de Aves* (1114-1128) “ Et homo qui habuerit mulier ad benedictiones partent per medium quantumque habuerint siue in morte siue in uita”. Cfr. *Portugaliae Monumenta Historica, Leges et consuetudines*, Vol. I, fasc. III (Olisipone, MDCCCLXIII), pág. 368.

(Sabadelhe) (6), aparece também referido como tal nos “Costumes de Santarém (7); e vê-se da legislação de Afonso III que já tinha, ao tempo, uma aceitação muito generalizada (8). As Ordenações Afonsinas, depois de declararem que há regiões do país onde a comunhão só vigora quando “ o casamento he feito antre o marido e a molher por carta

(6) *Foral de Sabadelhe* (1220): “ Et homo qui fecerit homicidium et fuguerit, stet sua mulier *cum sua medietate* in saluo: Et *aliam medietatem sui maritis* (et) accipiat concilium, et aprecient illam in ipsos L modios. Et in quali hora uenerit ipso qui homicidium fecerit et pectare uoluerit, dent ei *totam suam medietatem*, et compleat suum homicidium. Et de rauso similiter. Mulier qui uirum habuerit ad benedictiones et fuguerit cum alio, stet suus maritus cum toto suo habere in saluo. Et *de medietate mulieris*, accipiat maritus medietatem, et senior medietatem. Si autem benedictiones non habuerint et fuguerit cum alio, similiter.” Cfr. *Ibidem*, pág. 583.

(7) *Costumes de Santarém*: “Estabelesçudo he, que como tres irmãos seiam, ou mays, e os dous desses irmaãos sum irmaãos de padre, e de madre, e morto o padre, ou a madre desses; *esses partem con padre, ou con a madre, que remaeçeo vyvos, os beês do que morreo*”. Cfr. *Colecção de livros ineditos de historia portuguesa*, vol. IV, pág. 578.

(8) “... Todo homem que casar quyser nom casará per arras segundo ho costume da uylla se nom quysser *mays cassará a meya-dade* assy como falarey mays adeante em no titulo dos costumes das partiçoens” Cfr. *Portugaliae Monumenta Historica, Leges et consuetudines*, Vol. I, fasc. II (Olisipone, MDCCCLVIII), pág. 257.

“Quando o marido ou a molher que fforen cassados morrer hum deles qualquer aquel que ficar uiuo deue dar partiçon aos filhos do morto se os ouuer quer seiam dambos quer da parte daquel que ffor morto se han dereyto derdar naquela bona porque sson filhos liidimos ou ha deuem a dar a outro herel qualquer sse hy filhos non ouuer de beeçon assy como a netos ou padre ou sseu auoo. E sse nom ouuer nenhuum destes herees en dereyta linha decendentes ou sobintes enton dará a partiçon o que fficar uiuo aaquel a que o morto mandar en sseu testamento do que auya dar a partiçon aas partes mays chegadas e *partirá per meynos con estes todalas cousas que auya con no morto tanben o mouyil come a rrayz*”. Cfr. *Ibidem*, pág. 265.

de meetade” e outras onde “per usança se partem os beês de per meo aa morte sem aver hy tal carta” (9), esclarecem que este último é o “costume da Estremadura” (10); e as actas das Cortes de Santarém, de 1468, completam êste esclarecimento, dizendo que a comunhão vigorava supletivamente na Estremadura, Alentejo e Algarve, mas não nas comarcas do Minho, Trás-os-Montes e Beiras (11). A simpatia com que as mesmas Côrtes encaram a instituição,

(9) *Ordenações Afonsinas*, IV, 12, pr.: “Costume foi em estes Regnos de longamente usado, e julgado, que *honde o casamento he feito antre o marido, e a molher per Carta de meetade, ou em tal lugar, que per usança se partam os beês de per meo aa morte sem aver hy tal Carta*, morto o marido, a molher fica em posse, e Cabeça de Casal, e de sua mão devem receber os herdeiros, e loguatrios do marido partiçom de todos os beês, que per morte do marido ficarom, e bem assy os leguados;”. Cfr. *Ordenações do Senhor Rey D. Affonso V*, Livro IV (Coimbra, Anno de MDCCLXXXII), pág. 76.

(10) *Ord. Afonsinas*, IV, 14, 4: “E tambem poderá aver lugar quando a Doaçom fosse feita antes que fossem casados, e ao depois per casamento fossem comunicados seus bens, segundo costume da Estremadura;” Cfr. *Ibidem*, pág. 81.

(11) *Actas das Cortes de Santarém*, de 1468, cap. III: “Outrosi, Senhor, saberá Vossa Alteza, que em vossos Regnos, a saber, *na Estremadura, e Alem-Tejo, e o Alguarve* ha um muy Sancto costume, a saber, que qualquer homem, e molher, que sam cazados per regra, e regimento da Sancta Igreja quando so acerta de alguns raiz, *o que Senhor, he muito pollo contrairo em as comarcas da delles fallecer da vida deste Mundo, o que fica vivo parte com os herdeiros do finado todollos b̄es, que aviam* assi movel, como de Beira, e entre Douro, e Minho, e Trallos Montes; por quanto posto que Marido, e Molher sejam casados polla dita forma da Santa Igreja *se se antre elles ao pée do cazamento nam passa carta de meatade por Escretura Publica, quando se acerta algũus delles fallecer deste Mundo, nam parte o vivo com os herdeiros do morto de parmeyo...*”. Cfr. *Manuscrito da Academia das Ciências de Lisboa*, tomo IX, fl. 305 e 306, citado por MANUEL PAULO MERÊA, *Evolução dos regimes matrimoniais*, vol. II (Coimbra, 1913), pág. 109, nota 1.

considerando-a “um muy sancto costume”, explica que ela se generalize a todo o Reino a partir de D. Manuel (12), sendo novamente consagrada como tal nas Ordenações Filipinas (13).

Das Ordenações Filipinas, a supletividade do regime de comunhão geral de bens passou para os modernos direitos civis português e brasileiro, sem encontrar qualquer resistência séria da parte dos jurisconsultos que estruturaram os alicerces dos Códigos Civis dos dois países.

Os juristas portuguêsés da primeira metade do século XIX, em cuja obra o código de 1867 tão largamente se inspirou — como COELHO DA ROCHA, CORREIA TELES e BORGES CARNEIRO — não esboçaram a mínima objeção contra o regime supletivo tradicional (14). E o VISCONDE DE SEABRA não teve qualquer hesitação em consagrá-lo no seu projeto de Código Civil (15), daí passando para o texto definitivo

(12) *Ordenações Manuelinas*, IV, 7, pr.: “Todos os casamentos que forem feitos em Nossos Reynos, e Senhorios, se entendem seer feitos por carta de metade, saluo quando antre as partes outra cousa for acordado e contractado, porque entonce se guardará o que antre elles for concertado”. Cfr. *Ordenações do Senhor Rey D. Manuel*, Livro IV (Coimbra, anno de MDCCLXXXVII), pág. 23.

(13) *Ordenações Filipinas*, IV. pr., quase com a mesma redação que nas manuelinas. Sôbre a evolução histórica da comunhão geral de bens, cfr. a obra, já citada, de MANUEL PAULO MERÊA.

(14) Vide MANUEL ANTÔNIO COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil português*, §§ 241 e segs. e nota M (na 4.^a ed., Coimbra, 1867, págs. 164 e segs. e 302 e segs.); JOSÉ HOMEM CORREIA TELLES, *Digesto Portuguez*, tomo II, artigos 264 e segs. (na 3.^a ed., Coimbra, 1846, págs. 46 e segs.); e MANUEL BORGES CARNEIRO, *Direito civil de Portugal* (2.^a ed., Lisboa, 1851), tomo II, págs. 100 e segs.

(15) *Código Civil Português. Projeto redigido por Antônio Luiz de Seabra* (Coimbra, Imprensa da Universidade, 1858), págs. 282-283. Art.º 1141.º: “Na falta de qualquer accôrdo ou convenção, entender-se-há o casamento feito segundo o costume do reino, excepto se algum dos contrahentes fôr de menor idade, e tiver casado, ou contractado, sem a devida autorização, porque, nesse caso, entender-se-hão casados com simples communhão de adquiridos”

do Código, sem nenhuma espécie de reparo da Comissão Revisora (16).

É ainda nos precisos termos em que o Código de 1867 o consagrou, que o regime da comunhão geral continua a vigorar em Portugal como regime supletivo. Embora uma vez por outra se ouçam reparos contra êle e contra as consequências iníquas a que pode dar lugar, nenhum legislador ousou ainda tocar-lhe. Escapou, designadamente, às reformas civilísticas dos primórdios do regime republicano (17), que tão duramente atingiram o direito civil português no domínio das Relações de Família; e escapou à reforma do Código Civil de 1930 (18), sofrendo apenas algumas alterações de pormenor dois dos artigos que lhe são consagrados (19) — alterações que mais representam um esclarecimento de dúvidas surgidas na respectiva interpretação do que o desejo de introduzir matéria nova.

A mesma aceitação unânime encontrou a supletividade do regime de comunhão geral de bens por parte dos juristas brasileiros, no espaço de quase um século que medeia entre a Independência do país e a promulgação do seu Código Civil: — TEIXEIRA DE FREITAS não lhe moveu qualquer critica, ao consigná-la no art.º 111.º da sua *Consolidação das*

(16) *Actas das sessões da Comissão Revisora do projecto de Código Civil portuguez* (Lisboa, Imprensa Nacional, 1869), pág. 184: “Sessão de 10 de Dezembro de 1861 — Artigo 1141.º — Foi approved, salvo quanto á segunda parte do artigo o que se vencer com relação á validade ou nulidade do casamento contrahido, por menor, ainda mesmo auctorisado”.

O preceito aparece com a mesma redação do projeto inicial (*vide supra*, nota 15) na edição do projeto com as emendas da Comissão Revisora de 1863 (art.º 1114.º) e na edição de 1864 (art.º 1086.º). Na edição de 1865 (projeto apresentado ao Parlamento), o preceito já com a redação que há-de vir a ter no texto definitivo (art.º 1086.º).

(17) Decretos ns. 1 e 2, de 25 de Dezembro de 1910.

(18) Decreto n.º 19.126, de 16 de Dezembro de 1930.

(19) Artigos 1109.º e 1114.º.

leis civis (20); e outro tanto se diga de CARLOS DE CARVALHO, ao registá-la no art.º 1486.º da *Nova Consolidação das leis civis*, da sua autoria (21). Também nos sucessivos projetos de Códigos Civis, elaborados na segunda metade do século XIX, se dá plena consagração ao regime de comunhão geral como regime supletivo: — O *Esbôço de Código Civil*, de TEIXEIRA DE FREITAS, consagra-o no art.º 1330.º (22); o projeto de FELÍCIO DOS SANTOS, no art.º 1952.º (23); o projeto de COELHO RODRIGUES, no art.º 1979.º (24); e o projeto de

(20) Vide AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das leis civis. Annotada por MARTINHO GARCEZ* (5.ª ed., Rio de Janeiro, 1915), art.º 111.º: “Realizando-se o casamento sem convenção, entende-se, que os esposos adoptarão o regime da comunhão em todos os bens, segundo o costume geral do Imperio”.

(21) Vide CARLOS AUGUSTO DE CARVALHO, *Direito civil brasileiro recopilado ou nova consolidação das leis civis vigentes em 11 de agosto de 1899* (Rio de Janeiro, 1915), art.º 1486.º: “Na falta de contrato ante-nupcial os bens dos conjuges são presumidos comuns, desde o dia seguinte ao do casamento, salvo si provar-se que o matrimônio não foi consumado entre eles”.

(22) Vide *Código Civil. Esbôço*, por A. TEIXEIRA DE FREITAS (ed. do Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Serviço de documentação. Rio de Janeiro, 1952), vol. II, págs. 485-486. Art.º 1330.º: “Entender-se-á que os cônjuges têm adotado o regime de comunhão de bens: 1.º — quando o casamento fôr celebrado sem ter havido contrato preliminar por escritura pública; 4.º — Quando, pôsto que tenham excluído a comunhão de bens em seus contratos preliminares de casamento, forem êsses contratos nulos, ou forem anulados por sentença passada em julgado”

(23) *Projeto do Código Civil brasileiro do Dr. JOAQUIM FELÍCIO DOS SANTOS precedido dos actos officiaes relativos ao assumpto e seguido de um additamento contendo os apontamentos do Código Civil organizados pelo Conselheiro JOSÉ THOMAZ NABUCO DE ARAUJO* (Rio de Janeiro, 1882), pág. 89. Art.º 1952.º: “O casamento reputa-se celebrado segundo o regimen da communhão legal quando não é precedido de contrato, e quando, sendo precedido de contrato, êste não a exclui, salvas em todo o caso as disposições dos artigos 668, 689 e 690”.

(24) Vide A. COELHO RODRIGUES, *Projeto do código civil brasileiro precedido de um projeto de lei preliminar* (Rio de Janeiro,

CLOVIS BEVILAQUA — de que havia de surgir, após sucessivas revisões, o texto definitivo do Código brasileiro —, no art.º 302.º (25).

Quando êstes dois últimos projetos foram elaborados, a supletividade da comunhão geral tinha sido recentemente confirmada no Brasil por via legislativa, através do art.º 57.º do Decreto n.º 181, de 24 de Janeiro de 1890 (26).. Dotada desta nova fôrça, atravessou incólume, no projeto BEVILAQUA, tôdas as longas vicissitudes dos trabalhos de revisão, vindo a ser consagrada no texto definitivo do Código com meras alterações de redação do texto primitivo (27). Houve ainda quem propusesse a adoção do regime de separação (28); mas essa proposta não obteve qualquer êxito, vencendo a comunhão absoluta, a pretexto da sua índole tradicional e da sua melhor adaptação à unidade do matrimônio (29).

1893), art.º 1979.º: “Não podem casar-se sob o regime da comunhão universal: § 1.º — A pessoa que fôr commerciante. § 2.º — O viuvo ou viuva que tiver descendente de casamento anterior na data do subsequente. § 3.º — O menor de 21 annos que casar-se com supriemento do consentimento da pessoa sob cuja administração estiver. § 4.º — As pessoas mencionadas no art.º 1982”

(25) *Projecto de Código Civil*, de CLOVIS BEVILAQUA, art.º 302.º: “Na falta de qualquer convenção ante-nupcial, ou sendo nulla a celebrada, vigorará o regimen da comunhão universal de bens, excepto para: 1.º ... 2.º ..., etc.”

(26) Decreto n.º 181, de 24 de Janeiro de 1890: “Art.º 57.º: Na falta do contracto ante-nupcial, os bens dos conjuges são presumidos communs, desde o dia seguinte ao do casamento, salvo si provar-se que o matrimônio não foi consummado entre êlles”.

(27) *Vide FERREIRA COELHO, Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, vol. XIX (Direito de Família, artigos 256.º a 261.º), (Rio de Janeiro, 1930), págs. 182 a 187, onde se transcrevem tôdas as alterações introduzidas pelas sucessivas revisões do texto primitivo.

(28) Cfr. PAULO MERÊA, *Código Civil brasileiro anotado*, pág. 123.

(29) Cfr. PAULO MERÊA, *ibidem*; e CLOVIS BEVILAQUA, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado*, vol. II (Rio de Janeiro, 1917), pág. 170, e bibliografia aí citada.

II

Não basta, porém, o fato de uma instituição ter atrás de si o peso de oito séculos de história para justificar, sem mais, a sua manutenção no direito dos nossos dias. É necessário revê-la, à luz do condicionalismo social, econômico e moral dos tempos presentes, para verificar se ela ainda preenche uma finalidade útil, ou se, pelo contrário, são mais os inconvenientes que acarreta do que os benefícios que produz.

Ora a verdade é que os juristas portugueses e brasileiros nunca tiveram a preocupação de fazer uma análise cuidada do problema, pesando devidamente as vantagens e os inconvenientes do regime da comunhão geral de bens e verificando se outro o não supera em justiça e razoabilidade, servindo melhor que êle os interesses do agregado familiar. Têm-se limitado a invocar a tradição histórica e o vago argumento da sua melhor adaptação à unidade da família, sem se darem ao cuidado de verificar se o condicionalismo dos tempos presentes e a própria evolução de outras instituições jurídicas não desvirtuaram o sentido histórico da comunhão geral de bens, dando-lhe uma posição anômala e inconsequente no quadro das instituições vigentes.

O problema foi recentemente posto, em Portugal, com tóda a acuidade, no seio da Comissão encarregada de elaborar o novo Código Civil (30), tendo-nos sido cometido o

(30) Esta Comissão, presidida pelo professor da Faculdade de Direito de Coimbra e antigo Ministro da Justiça doutor ADRIANO PAIS DA SILVA VAZ SERRA, é presentemente constituída pelos professôres doutores MANUEL AUGUSTO DOMINGUES DE ANDRADE, FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA, ANTÓNIO DE ARRUDA FERRER CORREIA e GUILHERME BRAGA DA CRUZ, da Faculdade de Direito de Coimbra, e INOCÊNCIO GALVÃO TELLES e MANUEL DUARTE GOMES DA SILVA, da Faculdade de Direito de Lisboa.

encargo de o estudar e sôbre êle apresentar um relatório à mesma Comissão. É o resultado dêsse estudo que resolvemos agora apresentar à apreciação dos participantes no III Colóquio de estudos luso-brasileiros, certos de que o assunto interessa por igual aos juristas dos dois paizes (31).

Esclareça-se, desde já, que o nosso intuito foi apenas o de apreciar as vantagens e inconvenientes do regime de comunhão geral de bens em confronto com outros regimes de comunhão — designadamente a “comunhão de adquiridos” (32) e os possíveis sistemas intermédios entre esta e a comunhão geral — sem entrarmos na análise do regime de sepearação absoluta e das suas variantes (33). Efetiva-

(31) Na sua primitiva versão de relatório apresentado à Comissão do Código Civil, as considerações que vão seguir-se foram já publicadas no *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 53 (Lisboa, Fevereiro de 1956), sob a epígrafe *O problema do regime matrimonial de bens supletivo, no novo Código Civil português (Estado actual da questão)*.

(32) É o regime denominado “da comunhão parcial” no *Código Civil brasileiro*. Artigos 269.º a 275.º.

(33) Ao falarmos aqui de “variantes” do regime de separação absoluta, pretendemos sobretudo aludir ao regime chamado de “participação nos adquiridos”, consagrado pela primeira vez na legislação sueca, em 1920, e já hoje adotado na legislação de outros países.

Esse regime consiste, fundamentalmente, numa separação absoluta de bens, corrigida, para efeitos de partilha, por uma comunhão de adquiridos: — Na constância do matrimônio, a separação é total, conservando cada um dos cônjuges a administração dos bens (mobiliários ou imobiliários) que levou para o casal e dos que posteriormente adquiriu por qualquer título. No momento da dissolução do casamento, precede-se ao que se poderia chamar uma *reconstituição* da comunhão de adquiridos: os adquiridos a título oneroso depois do casamento são objeto duma partilha, meio por meio; mas essa partilha incide apenas sôbre o *valor* dos bens e não sôbre a respectiva *propriedade*, conservando cada cônjuge (ou seus herdeiros) a propriedade do que adquiriu na constância do matrimônio, e sendo apenas obrigado a repor o excedente em dinheiro, em favor do outro cônjuge (ou seus herdeiros).

mente, a adoção do regime de separação absoluta ou doutro regime congêneres como regime de bens supletivo deve *a priori* considerar-se fora de causa, no direito dos nossos dois países. Os regimes de separação estão tão longe das tradições e da maneira de sentir dos nossos dois povos, que seria absurdo pensar na sua consagração supletiva, em qualquer das suas variantes, no direito português ou no direito brasileiro. Seria passar dum extremo ao outro, ao arrepio de todo o sentimento popular e sem a menor razão justificativa. Deixe-se a possibilidade da adoção desses regimes, por via convencional, a quem por eles nutrir predileção; mas não se pense em impô-los supletivamente, na falta de convenção escrita, o que seria contrariar, na generalidade dos casos, a vontade presumível dos nubentes.

Na exposição que vai seguir-se, procuraremos, em primeiro lugar (§ III), enumerar as razões que podem invocar-se, ainda hoje, em favor da supletividade da comunhão geral de bens. Faremos, em seguida (§ IV), a crítica desse

Tem-se dito que o grande mérito do regime de simples participação nos adquiridos está no fato de aproveitar as vantagens da separação absoluta sem lhe sofrer os inconvenientes: satisfaz tôdas as modernas reivindicações acerca da capacidade patrimonial da mulher casada; e evita que o marido, arvorando-se — de direito ou de fato — em administrador dos bens da mulher, seja o *único adquirente de bens* na constância do matrimônio, como sucede vulgarmente na separação absoluta.

Importa, porém, ter presente, no caso concreto dos direitos português e brasileiro: 1.º) Que êste regime, afastando a idéia de comunhão *na constância do matrimônio*, é um verdadeiro *regime de separação*, sendo impossível, por isso mesmo — consoante no texto explicamos — pensar-se na sua consagração, em Portugal e no Brasil, como regime supletivo; 2.º) Que a atribuição à mulher, *como regra*, do direito de administrar os seus próprios bens, seria letra morta da lei, pois na generalidade dos casos, por mandato expresso ou tácito, essa administração logo seria por ela confiada ao marido.

A simples consideração destas duas razões deve dispensar, segundo cremos, a apreciação de outras críticas dirigidas ao regime, nomeadamente a das dificuldades de liquidação que suscita.

regime, em confronto com as vantagens do regime de comunhão de adquiridos. E terminaremos (§ V) com uma apreciação de duas possíveis soluções intermédias, para demonstrar que nenhuma delas oferece, sôbre o regime de pura comunhão de adquiridos, vantagens capazes de a impor como solução-regra.

III

Em favor da manutenção do regime da comunhão geral de bens como regime supletivo, podem apresentar-se os seguintes argumentos:

1.º — A comunhão geral foi sempre, como já se disse (34), o regime supletivo de bens no casamento, no direito português e no direito brasileiro; e não está provado que esta tradição de séculos tenha dado lugar a resultados funestos ou reprováveis, ao longo da história dos nossos dois países. Mesmo nos nossos dias, à parte alguns casos especiais susceptíveis de correção — como o do divórcio e o da separação de pessoas e bens ou desquite —, não pode afirmar-se que o sistema seja uma velharia ultrapassada. O sentimento popular não se lhe mostra adverso, pois aceita como normais e razoáveis as suas consequências. Bastará dizer que em Portugal, segundo as últimas estatísticas, 98% dos casamentos se celebram sem qualquer convenção prévia quanto aos bens, o que implica um tácito assentimento dos nubentes à aceitação do regime da comunhão geral, na sua qualidade de regime supletivo (35).

(34) Cfr. *supra*, § I.

(35) Não pudemos consultar as estatísticas brasileiras; mas estamos em crer que a percentagem de casamentos celebrados sem convenção antenupcial não deve ser muito inferior à indicada para Portugal.

É certo que esta cifra não tem um valor absoluto, pois não significa que, em 98% dos casamentos efetuados em Portugal, os cônjuges tenham querido, *duma forma positiva*, o regime da comunhão geral. Mas não deixa de impressionar — posto o problema ao invés — que apenas em 2% dos casos os cônjuges tenham querido usar do direito, que a lei lhes concede sem restrições, de afastar aquêlê regime de bens.

2.º — É inegável, por outro lado, que o regime de comunhão absoluta é o que melhor corresponde à essência do casamento.

A total fusão dos patrimônios, ao lado da união dos corpos e das almas dos esposos, tem o valor dum símbolo. Só essa fusão de patrimônios se coaduna perfeitamente com a idéia dum “*consortium omnis vitae, divine et humani iuris communicatio*”, como diz a famosa definição de Modestino (36); e só ela se adapta ao rigor do “*duo in carne una*”, de que fala o Evangelho de S. Mateus (37) e que S. Paulo reproduz na sua formosíssima Epístola aos Efésios (38).

3.º — A isto acresce que a aquisição de bens por parte dum cônjuge à custa do outro, que tanto impressiona os detratores da comunhão geral de bens, nada tem, na generalidade dos casos, de censurável.

À parte a hipótese dos casamentos prematuramente dissolvidos por divórcio, aquela participação de cada cônjuge no patrimônio do outro cônjuge representa quase sempre uma justa compensação do apôio moral e da colaboração que ambos mutuamente se prestaram na constância do matrimônio. Quantas vêzes, o cônjuge mais dotado de bens de fortuna fica exclusivamente devendo a conservação e aumento do seu pecúlio à tranquilidade de espírito e à alegria de viver que o outro cônjuge lhe proporcionou, ofe-

(36) D. 23, 2, 1.

(37) Evangelho de S. Mateus, XIX, 5.

(38) Epístolas de S. Paulo aos Efésios, V. 31.

recendo-lhe condições para um trabalho fecundo ou evitando-lhe desregramentos que lhe teriam comprometido a saúde e a fazenda! Não será justo que os cônjuges participem meio por meio nesse patrimônio, que começou por ser mais dum que do outro, mas cuja conservação só foi possível pelos esforços conjugados de ambos?

4.º — Sucede, de resto, com frequência, nos casamentos de cônjuges de desigual fortuna, que ao cônjuge rico lhe falta, em qualidades de trabalho, o que lhe sobeja em bens materiais, nada conseguindo fazer, na constância do matrimônio, no sentido da aquisição de novos bens; e que ao cônjuge pobre lhe sobra, em tenacidade e visão prática da vida, o que a sorte lhe negou em meios de fortuna, conseguindo adquirir bens avultados, depois do casamento, exclusivamente à custa do seu esforço.

Segundo o sistema da comunhão de adquiridos, o cônjuge rico, mas inepto, auferirá metade destas aquisições; enquanto que o cônjuge pobre não terá qualquer direito de participar no pecúlio com que a sorte premiou aquêle.

A comunhão absoluta, pelo contrário, permitirá neste caso — que é bastante mais vulgar do que pode suspeitar-se — uma solução mais equilibrada e mais justa, fazendo funcionar a participação dum cônjuge nos bens *próprios* do outro como uma compensação razoável do fato de êste participar nos *adquiridos* daquele.

5.º — Apresenta ainda, por último, a comunhão geral de bens uma vantagem apreciável sôbre os demais regimes, no que toca à defesa dos interêsses do cônjuge sobrevivivo.

Colocado pelo direito português no quarto lugar da ordem dos sucessíveis — após os descendentes, os ascendentes, e os irmãos e seus descendentes (39) — e pelo di-

(39) *Código Civil português*, art.º 1969.º: “A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: 1.º — Aos descendentes; 2.º — Aos ascendentes, salvo o disposto no art.º 1236.º; 3.º — Aos irmãos e seus descendentes; 4.º — Ao cônjuge sobrevivivo...”

reito brasileiro no terceiro lugar — após os descendentes e os ascendentes (40) —, o cônjuge sobrevivivo fica, por vêzes, numa situação precária, quando a herança é devolvida aos herdeiros das classes anteriores.

É certo que o Código Civil português, embora dê ao cônjuge sobrevivivo uma posição sucessória mais desfavorável que o Código Civil brasileiro, não se esquece de salvaguardar em parte os seus interesses, dando-lhe o usufruto da totalidade da herança, se esta é devolvida aos irmãos e seus descendentes (41), ou o usufruto de metade da herança, se esta é devolvida aos ascendentes ilegítimos (42). Mas, nas hipóteses mais vulgares da sucessão dos descendentes e da sucessão dos ascendentes legítimos, nem o direito português nem o direito brasileiro prevêem uma proteção congênere, ficando o cônjuge sobrevivivo limitado à faculdade de pedir *alimentos* — se os herdeiros do cônjuge predefunto são seus próprios descendentes (43) — ou de

(40) *Código Civil brasileiro*, art.º 1603.º: “A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I. Aos descendentes. II. Aos ascendentes. III. Ao cônjuge sobrevivente. IV . ”

(41) *Código Civil português*, art.º 2003.º, § único: “Na falta de descendentes e ascendentes, nos termos dos artigos 2000.º e 2002.º, o cônjuge sobrevivivo será usufrutuário da herança do cônjuge falecido, se ao tempo da morte dêste não estivessem divorciados ou separados de pessoas e bens, com sentença transitada em julgado”

(42) *Código Civil português*, art.º 1995.º: “Se, porém, ao filho ilegítimo falecido sem posteridade sobreviver consorte, haverá êste, enquanto vivo for, o usufruto de metade da herança”. *Ibidem*, art.º 1999.º: “O que fica disposto nesta seção é aplicável à herança do filho perfilhado ou reconhecido, salva a limitação do artigo 1995.º.”

(43) *Código Civil português*, art.º 172.º: “A obrigação de alimentos é recíproca entre descendentes e ascendentes e entre irmãos, nos termos seguintes”. E *Código Civil brasileiro*, art.º 397.º: “O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaído a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”.

invocar, segundo o direito português, o seu *direito de apanágio* (44).

Fia-se o legislador, por certo — ao ter em menor conta, nestes casos, a proteção do cônjuge sobrevivente —, nos laços de afeição que normalmente o ligam aos herdeiros do cônjuge defunto. Esses laços, dir-se-á, são a garantia de que o cônjuge sobrevivente terá sempre uma participação efetiva nos rendimentos da herança, muito mais lata do que a prevista no seu direito de alimentos e no direito de apanágio: os herdeiros contemplados pela lei — que, nos dois casos figurados, são sempre seus próprios parentes ou afins na linha reta ascendente ou descendente — não deixarão de lhe prestar tôda a proteção moral e material a que tem jus, na proporção em que as forças da herança o permitem (e, quantas vezes, mesmo para além dêsse limite), sem necessidade de quaisquer pressões legislativas nesse sentido.

A verdade, porém, é que os fatos desmentem com frequência esse pressuposto: — Não é raro acontecer, nos casamentos de desigual fortuna celebrados sob o regime da comunhão de adquiridos ou da separação absoluta, que a morte do cônjuge mais rico deixe em precária situação o cônjuge mais pobre, que lhe sobrevive.

É logo de notar que, ao lado dos ascendentes ou descendentes do cônjuge defunto, podem existir herdeiros tes-

(44) O *direito de apanágio*, a que o Código português alude o sôbre o qual é omissa o Código brasileiro, difere do vulgar *direito a alimentos* apenas no fato de ser garantido pelos rendimentos da herança do cônjuge falecido e de ser exigível contra quem quer que tenha beneficiado da referida herança. *Código Civil português*, art.º 1231.º: “Fôsse qual fôsse o contrato do dissolvido casamento, o cônjuge, que, por morte do outro, se achar sem meios de subsistência, terá direito a ser alimentado pelos rendimentos dos bens deixados pelo falecido, sejam de que natureza forem”. *Ibidem*, art.º 1232.º, § único: “A disposição dêste artigo verificar-se-á, haja ou não filhos do matrimônio, e ainda quando o cônjuge defunto tenha deixado filhos, havidos de outro matrimônio anterior”

tamentários, absolutamente estranhos à família, se êle utilizou para o efeito a sua quota disponível; e é evidente que, a respeito dêsses herdeiros estranhos, não são de presumir os mesmos sentimentos afetivos para com o cônjuge sobrevivivo. Mas, mesmo em relação aos descendentes e ascendentes do *de cuius*, não convém confiar demasiado em laços de afetividade, apesar da qualidade — que sempre igualmente lhes pertence — de parentes ou afins do cônjuge sobrevivivo na linha reta descendente ou ascendente. A experiência ensina que são êles, muitas vêzes, os primeiros a olhar menos carinhosamente o cônjuge sobrevivivo, sujeitando-o a uma vida de dificuldades e de privações, em flagrante contraste com a vida desafogada que a fortuna do outro cônjuge lhe tinha facultado na constância do matrimônio — e sem que sejam remédio bastante, contra isso, o seu eventual direito a alimentos e o seu direito de apanágio.

Note-se, de resto, que o direito ao usufruto de metade ou da totalidade da herança, reconhecido pelo Código Civil português ao cônjuge sobrevivivo, respetivamente, no caso da sucessão de ascendentes ilegítimos e no caso da sucessão de irmãos e seus descendentes, representa uma proteção bastante precária. É que aquêle usufruto, tanto num caso como no outro, constitui apenas um *legado legítimo*, não um *legado legitimário*. Fica sempre, portanto, ao outro cônjuge, a possibilidade de, total ou parcialmente, afastar essa proteção legal, através duma disposição testamentária.

É a todos êstes riscos que a comunhão geral consegue obviar dum só golpe, deixando sempre garantida ao cônjuge sobrevivivo a sua meação nos bens comuns do casal e pondo-o, assim, a coberto da ingratidão ou desprêzo do cônjuge defunto ou dos respectivos herdeiros.

Um grave inconveniente oferece, sem dúvida, o regime da comunhão absoluta, nos casos de divórcio e de

separação de pessoas e bens ou desquite (45): — Autorizando, mesmo nesses casos, cada um dos cônjuges a levantar a sua meação, a comunhão geral pode redundar num locupletamento, legalmente organizado, dum dos cônjuges á custa do outro: um dos cônjuges dá motivo, por culpa sua, à dissolução ou interrupção da sociedade conjugal e recebe intacta, como prêmio (?!), a sua meação nos bens comuns — bens que, porventura, eram pertença exclusiva do outro cônjuge antes do casamento.

Este inconveniente pode, porém, remediar-se, sem necessidade de proscrever a comunhão absoluta como regime supletivo. Bastará estabelecer que o cônjuge culpado não poderá, nesses casos, beneficiar da comunhão; ou então dar liberdade ao juiz para graduar a sanção conforme as circunstâncias do caso — solução esta talvez mais justa, pois nem tôdas as causas de divórcio ou de separação são culposas, e as próprias causas culposas podem variar muito de gravidade, de caso para caso.

IV

Não é difícil de ver que algumas das razões apontadas em favor da comunhão absoluta têm um valor mais apa-

(45) O divórcio não é reconhecido pela legislação brasileira; e, no direito português, viu cerceado fortemente o seu campo de aplicação, após a Concordata com a Santa Sé, celebrada em 1940, pois os casamentos católicos efetuados depois dessa data são considerados civilmente indissolúveis. A separação de pessoas e bens é admitida tanto pelo direito português como pelo direito brasileiro, onde recebe a denominação de *desquite*; mas o direito brasileiro, precisamente porque não admite o divórcio, dá ao desquite um tratamento jurídico bastante mais folgado que o previsto na lei portuguesa para a separação de pessoas e bens. Cfr. *Código Civil português*, artigos 1204.º e segs. e *Código Civil brasileiro*, artigos 315.º e seguintes.

rente que real e que o regime da comunhão de adquiridos pode invocar em seu favor outras razões de peso, que levam a considerá-lo como regime supletivo.

Vejamos:

1.º — O argumento histórico tem de ser reduzido às suas devidas proporções: — É certo que a comunhão geral, como regime supletivo, é quase tão antiga em Portugal como a independência do Reino — primeiro, circunscrita a certas terras e a certas regiões do país, e, depois, a partir de D. MANUEL, devidamente generalizada. Mas não é menos certo que a atribuição da natureza de “incomunicáveis” a várias categorias de bens — justamente os bens de maior valor econômico — tornava as coisas, na prática, muito diferentes do que teoricamente aparentavam.

Já as Ordenações Afonsinas estabeleciam que “se o marido ou molher ouvessem alguñs *beēs feudaes*, ou *da Coroa do Regno*, ou *de Moorgado*, ou *emprazamentos*, em que a molher nom fosse nomeada, per tal guisa que nom tevesse em elles direito, ou em *outros similhantes*, em tal caso nom ha lugar o dito costume, nem ficará a molher em posse de taaes beēs, que o marido ouvesse, e possuísse em sua vida, nem esso meesmo o marido per morte da molher dos beēs, que pelo dito modo a ella pertencessem” (46). A mesma doutrina foi depois perfilhada pelas Ordenações Manuelinas (47) e pelas Ordenações Filipinas (48); e a elaboração doutrinária dos praxistas, longe de introduzir limitações a essa lista de “bens incomunicáveis”, encarregou-se de a alargar, o que aliás era fàcilmente permitido pelo texto legal, ao referir-se a outros bens “semelhantes”.

(46) *Ord. Afonsinas*, IV, 12, 1.

(47) *Ord. Manuelinas*, IV, 7, 2.

(48) *Ord. Filipinas*, IV, 95, 1.

Não é preciso ir além da leitura de COELHO DA ROCHA (49) e DE TEIXEIRA DE FREITAS (50), para verificar que as coisas se encontravam ainda nesse pé, em Portugal, no segundo quartel do século XIX, e que assim continuaram, no Brasil, quanto aos bens de prazo, por todo o resto do século. Ora a circunstância de serem incomunicáveis os *bens da coroa*, os *bens vinculados* e os *prazos de livre nomeação* (sem já lançar conta dos demais bens da lista apontada por COELHO DA ROCHA), é quando basta para podermos concluir que os bens verdadeiramente valiosos, no antigo direito português e brasileiro, não entravam na comunhão.

Não é fácil fazer um cálculo da proporção que existiria, sob a vigência das Ordenações, entre o valor dos bens comunicáveis e o dos bens excluídos da comunhão. Mas impressiona ver afirmado, em CORREIA TELES, que “nas Províncias do Minho e Beira talvez a *quinta parte* dos bens cultivados sejam emprazados em vidas” (51). Se nos lembrarmos que uma boa percentagem desses mesmos *bens cultivados* era constituída por bens de mão-morta — excluídos do trato privado e sem interêsse, portanto, para a estimativa em causa — e que não era pequeno o número e, sobretudo, a extensão e valor dos bens da coroa e dos bens vinculados, chegaremos à conclusão de que os *bens cultivados* — primeira fonte de riqueza da época — deveriam andar, por mais de meio, excluídos da comunhão, nos casamentos dos respectivos proprietários.

Isto quer dizer, por outras palavras, que a supletividade da comunhão absoluta só encontrava verdadeiro campo de ação nos casamentos da gente de nulos ou modestos haveres, isto é, em casamentos a respeito dos quais o seu

(49) *Instituições*, tomo I, §§ 244 e 245 (na *ed. cit.* págs. 166 e 167).

(50) *Consolidação das leis Civis* (*ed. cit.*), págs. 109 e 110, em comentário aos artigos 113.º e 114.º

(51) Cfr. PAULO MERÊA, *Uma memória do jurisconsulto Correia Telles sobre os antigos prazos de nomeação*, separata do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, pág. 19.

significado prático era quase o mesmo da comunhão de adquiridos, visto que só de bens adquiridos, ou pouco mais, seria constituído o pecúlio matrimonial. Pelo contrário, nos casamentos de gente rica — os únicos onde a comunhão absoluta podia ter efeitos aparatosos — todo o seu alcance se encontrava desvirtuado pela incomunicabilidade da maior parte do patrimônio dos esposos, o que reduzia tais casamentos, bem vistas as coisas, a verdadeiras comunhões de adquiridos também.

Tanto o Código Civil português como a moderna legislação brasileira — o decreto n.º 181, de 1890, primeiro, e o Código Civil, depois — deram um passo em falso, quando esqueceram êste pormenor. Teimaram em conservar a supletividade da comunhão geral de bens, num momento em que os vínculos tinham já sido abolidos e os prazos em vida se tinham transformado em prazos hereditários. Perdida a incomunicabilidade de tais bens, a comunhão absoluta passava a ter uma amplitude que nunca tivera ao longo dos séculos e a produzir, por vêzes, efeitos espectaculares, que as velhas usanças tinham cuidadosamente evitado. E êste novo estado de coisas ir-se-ia progressivamente agravando com o tempo: — Por um lado, a crescente mobilidade dos capitais, o rápido desenvolvimento do comércio interno e internacional e o incremento da grande indústria tornavam possível a formação de importantes fortunas, que deixavam, quantas vêzes, a perder de vista os velhos domínios agrários, sem que a menor limitação de comunicabilidade impendesse sôbre essas novas fontes de riqueza, como outrora sôbre aquêles domínios impendia. Por outro lado, a progressiva decadência dos preconceitos sociais tornava cada vez mais frequentes os casamentos entre cônjuges de desigual fortuna, onde a supletividade da comunhão geral iria encontrar campo fértil para a produção de efeitos jurídicos de todo condenáveis.

Como se isso não bastasse, a promulgação da lei do divórcio em Portugal, em 1910, e a larga amplitude com

que o desquite conseguia ser consagrado na legislação brasileira, a partir de 1890 (52), sem o cuidado da mais ligeira reserva quanto à vigência da comunhão geral de bens como regime supletivo, vinham dar os últimos retoques nessa escandalosa instituição jurídica dos nossos dias que é o “casamento-negócio” — instituição cujo florescimento o nosso velho direito procurou evitar na medida do possível, e que assim surgia como criação desastrosa da moderna legislação portuguesa e brasileira.

2.º — Dizer que a supletividade da comunhão absoluta, nos termos em que a consagram os direitos português e brasileiro, está longe de constituir uma velharia ultrapassada é esquecer a realidade dos fatos que acabam de apontar-se.

Não basta, realmente, propor que os efeitos da comunhão geral de bens sejam corrigidos no caso da dissolução do casamento por divórcio ou da interrupção da sociedade conjugal pelo desquite. É necessário que essa correção seja mais vasta, acabando com tôdas as possibilidades do “casamento-negócio” — possibilidades que estão longe de circunscrever-se àqueles casos; e a forma mais prática de cortar o mal pela raiz será a de banir a comunhão geral como regime supletivo, visto ser à sua sombra que os casamentos por interesse proliferam.

O casamento, na verdade, não deve ser *meio de adquirir*. Não deve admitir-se que alguém enriqueça só pelo mero fato de casar. Esse é o grande argumento contra a comunicabilidade dos bens levados por cada um dos cônjuges para o casal ou posteriormente adquiridos a título gratuito. E trata-se de um argumento tão forte, que pode mesmo perguntar-se se não deveria ser proibida, com base

(52) A regulamentação do desquite no *Código Civil brasileiro* é quase inteiramente decalcada no referido decreto n.º 181, de 24 de Janeiro de 1890. Cfr. PAULO MERÊA, *Código Civil brasileiro anotado*, pág. 146; e CLOVIS BEVILAQUA, *ob e vol. cit.*, págs. 265 e segs.

nele, a própria estipulação convencional do regime de comunhão geral de bens. O Código italiano, no seu art.º 215.º, não hesita em seguir esse caminho, proibindo que se estabeleça “outra comunhão universal de bens além da dos úteis e adquiridos” (53). Em Portugal e no Brasil, é duvidoso se seria bem aceite uma tão forte limitação à liberdade contratual dos esposos; mas não deve haver hesitações, pelo menos, quanto ao afastamento da comunhão geral de bens como regime supletivo.

3.º — Não colhe igualmente o argumento de que o sentimento popular é favorável à comunhão absoluta.

O fato de ela ser adotada em 98% dos casamentos celebrados em Portugal não significa que seja efetivamente preferida pela generalidade dos nubentes, como aliás os seus mesmos partidários reconhecem; significa apenas que a grande massa das pessoas que casa se desinteressa do problema do regime de bens. E, quando se pretende tirar partido duma colocação do problema ao invés, dizendo que só em 2% dos casos os nubentes utilizam a faculdade de afastar a comunhão geral, esquecem-se várias circunstâncias que muito convém ter presentes:

a) Esquece-se que a grande, a esmagadora maioria não utiliza êsse privilégio porque nenhum interesse tem nisso. Nada tendo de seu e nenhuma esperança tendo de adquirir posteriormente bens a título gratuito, aos esposos é indiferente que o regime de bens aplicável ao seu casamento seja o da comunhão absoluta ou o da comunhão de adquiridos, porque os dois regimes, no caso concreto, se equivalem; e a adoção duma separação absoluta também os não tenta, pois o que lhes parece justo é que sejam comuns os bens que, pelos seus esforços conjugados, consigam adquirir.

(53) *Código Civil italiano*, art.º 215.*

b) Esquece-se, por outro lado, que os esposos, muitas vêzes, não vão para o afastamento voluntário da comunhão geral de bens porque, simplesmente, ignoram as verdadeiras vantagens que teriam em fazê-lo. Nunca foram devidamente esclarecidos da estrutura interna dos regimes matrimoniais; e limitam-se a confiar — no que totalmente se enganam — em que o legislador defenderá melhor que ninguém os seus interesses.

c) Esquece-se, por último, que a não-celebração duma escritura antenupcial a adotar outro regime é produto, em muitos casos, duma inibição de ordem material ou de ordem moral. Umás vêzes, não se faz escritura antenupcial para evitar uma despesa que se considera supérflua, num momento em que tantas outras despesas preocupam o espírito dos esposos. Outras vêzes, não se fêz escritura por simples preguiça ou desleixo. E outras vêzes ainda — e aqui o problema reveste um aspecto muito mais grave —, não se faz escritura para não ferir susceptibilidades pessoais ou familiares: o nubente mais rico, apesar de reconhecer as vantagens que teria em adotar um regime de separação absoluta ou de comunhão de adquiridos, evita fazer qualquer sugestão nesse sentido, receoso de que tal sugestão possa ser interpretada como desconfiança por parte do outro nubente ou da sua família.

4.º — Nada autoriza, como se vê, a falar dum sentimento popular favorável à comunhão absoluta. Pelo contrário, não é difícil descobrir manifestações dum sentimento popular adverso a êsse regime, sobretudo quando serve de escolho à conservação dos bens na linha familiar da sua procedência. É o que succede, por exemplo, quando o titular dum patrimônio avoengo contrai casamento, em regime de comunhão geral, com alguém que não tem patrimônio próprio e êsse casamento se dissolve sem descendência. Metade daquele patrimônio familiar fica sendo pertença do outro cônjuge, e, por sua morte, transmitir-se-á aos respectivos herdeiros — absolutamente estranhos à linha de proce-

dência dos bens — com prejuízo dos verdadeiros representantes do tronco familiar originário dos mesmos bens.

Um simples “acidente” matrimonial conseguiu, assim, destroçar um patrimônio familiar — que custou, porventura, as privações, os esforços e os trabalhos conjugados de várias gerações — indo atribuir os destroços dêsse patrimônio, como autêntico prêmio de loteria, a indivíduos que nenhum título verdadeiramente podem invocar para merecê-lo. Ninguém contestará que êste caso, quando se verifica, impressiona sempre fortemente o nosso povo, especialmente nos meios rurais, onde é mais forte o sentimento das tradições familiares, sendo sempre comentado com palavras de reprovação para com a lei que tal permite.

Deve reconhecer-se que a comunhão de adquiridos, só por si, não consegue eliminar totalmente o risco desta transferência dos bens familiares, por via matrimonial, para uma linha diferente da da sua procedência. Fica sempre de pé a hipótese de um dos cônjuges suceder, por morte dum filho, nos bens familiares por êste anteriormente herdados do outro cônjuge. Era a êsse risco que o velho direito procurava obviar, excluindo os ascendentes da sucessão nos bens de avoenga, ou limitando-os — como sucedia de preferência no direito hispânico — a um direito de simples sucessão no usufruto de tais bens (54). Impossível se torna, evidentemente, pensar em restaurar essa exclusão sucessória, que muitos séculos de romanismo jurídico conseguiram desterrar duma vez para sempre; mas a substituição da comunhão geral de bens pela comunhão de adquiridos, como regime supletivo, seria já suficiente para evitar os casos mais gritantes daquela mudança de linha dos bens familiares, que são os casos em que tal mudança se opera diretamente, por simples efeito da inexistência de filhos e da comunhão conjugal.

(54) Cfr. BRAGA DA CRUZ, *O direito de troncalidade e o regime jurídico do patrimônio familiar*, vol. II — *A exclusão sucessória dos ascendentes* (Braga, 1947), págs. 281 e segs. especialmente.

5.º — A interdependência existente entre a comunhão geral de bens e a verdadeira essência do casamento, tão apregoada pelos defensores daquele regime, entra em crise quando não consegue realizar-se o ideal da perfeita e completa união das almas dos esposos, que deveria estar na base daquela união patrimonial. Como diz expressivamente HEINRICH LEHMANN (55)”, no matrimônio em que existe verdadeiro amor, tudo se regula por si mesmo. A questão do regime patrimonial só toma normalmente importância, na prática, quando já não existe cordialidade no agregado conjugal. Derivar para o casamento destruído aquilo que respeita ao direito patrimonial dos mais elevados ideais morais significaria o mesmo que os anjos quererem educar os demônios”.

Ninguém contesta, na verdade, que a comunhão absoluta corresponde, num plano ideal, em matéria de regimes de bens, à mais elevada sublimação do amor conjugal. Mas o direito não pode irrefletidamente transplantar para as duras realidades da vida a regulamentação que corresponderia às instituições na sua forma ideal.

Trata-se duma atitude que ainda pode de certo modo justificar-se, dentro da maior prudência, quando exigida por fortes imperativos de ordem moral, como única maneira de impedir o relaxamento das instituições ou de conseguir elevá-las até próximo dessa forma ideal que lhes serve de modelo. Mas nada prova que esse seja o caso da comunhão absoluta perante o objetivo da união pessoal dos cônjuges. Essa união espiritual há-de resultar de outros fatores muito diversos e não se vê que para ela possa contribuir de algum modo a união dos patrimônios.

Efetivamente, a ligação existente entre a comunhão geral de bens, no domínio patrimonial, e a união dos cônjuges, no plano espiritual e moral — ligação que tôda a

(55) Cfr. HEINRICH LEHMANN, *Derecho de Familia* (tradução espanhola), pág. 121.

gente reconhece —, não se traduz numa influência daquela sôbre esta, mas antes desta sôbre aquela. Para a realização perfeita do ideal do matrimônio, não tem normalmente a menor importância que os cônjuges tenham adotado a comunhão geral de bens ou a separação absoluta. Há casamentos efetuados sob o regime da separação, em que os esposos conseguiram atingir, no mais alto grau, a unidade espiritual a que todo o matrimônio deve aspirar. Inversamente, quando as demais condições não são propícias à realização dêsse ideal, não é a comunhão absoluta de bens que pode fazer o milagre de o conseguir; terá até, as mais das vêzes, um efeito contraproducente.

O que não pode, isso sim, é haver perfeita união de patrimônios, no casamento, se não houver a alicerçá-la um bom entendimento dos cônjuges no plano espiritual e moral. O desentendimento conjugal será bastante, só por si, para desvirtuar a comunhão imposta pelo regime de bens — e não faltam aos cônjuges, como se sabe, meios jurídicos para iludir, em maior ou menor grau, essa comunhão a que não conseguiram adaptar-se. Inversamente, a união espiritual dos cônjuges transformará, na prática, em verdadeira comunhão, a mais intransigente separação de bens estipulada na convenção ante-nupcial.

É nesse sentido, e só nesse, que verdadeiramente se pode afirmar a ligação existente entre a comunhão absoluta e a essência do matrimônio: onde existir verdadeira união conjugal, aí se viverá efetivamente em comunhão de bens, qualquer que seja o regime na realidade estipulado ou determinado por lei.

Pretender transplantar a mesma comunhão para os momentos de crise, quando ao entendimento conjugal se substituiu a hostilidade entre os esposos ou o jogo de interesses entre os herdeiros, é contrariar conscientemente as realidades e desvirtuar a verdadeira vontade dos cônjuges.

Cuide-se, portanto, de adotar como supletivo um regime que resolva com justiça êsses problemas dos momentos

de crise, pois nos períodos de bom entendimento conjugal a comunhão florescerá por si, sem que a lei careça de vir alimentar-lhe o fogo sagrado.

6.º — O que acaba de dizer-se responde também suficientemente, só por si, ao argumento que os partidários da comunhão geral procuram tirar do fato de, não poucas vezes, o cônjuge mais abastado ficar devendo a conservação e aumento de seu patrimônio ao apoio moral e material que o outro cônjuge lhe prestou na constância do matrimônio.

Ninguém contesta que alguma compensação é devida por essa colaboração. Mas o que parece evidente é que a *justa compensação* devida nesse caso não é a da participação, meio por meio, nos bens próprios do outro cônjuge, mas sim a da participação, meio por meio, nos respectivos rendimentos e aquisições onerosas.

Começa logo porque só essa participação se mostra proporcionada à maior ou menor duração do casamento e ao maior ou menor grau de colaboração prestado por um cônjuge ao outro. Os rendimentos e as aquisições serão tanto mais vultosos quanto mais eficaz e mais duradoura for a colaboração dos cônjuges. Participar neles em partes iguais, portanto, é ter uma compensação justa e equilibrada, proporcional aos serviços mutuamente prestados. Mas já o mesmo se não pode dizer, evidentemente, da participação de cada cônjuge, meio por meio, na titularidade dos bens próprios do outro cônjuge, sem distinguir se o casamento durou longos anos ou poucos dias e se o cônjuge beneficiário prestou muita ou pouca colaboração ao outro cônjuge.

O argumento apresentado, a este propósito, em defesa da comunhão geral é fruto, pois, duma generalização apresada: — Foca-se a hipótese rara de um dos cônjuges ficar devendo exclusivamente à colaboração material e moral do outro cônjuge a conservação do seu patrimônio próprio,

para defender como justa uma comunhão nesses bens; e pretende reconhecer-se o direito a uma participação dessas, em todos os casos, indiscriminadamente, mesmo quando é manifesto, pela diminuta duração do casamento ou baixo nível de cordialidade entre os cônjuges, que a colaboração mútuamente prestada foi nula ou de índice negativo.

A isto acresce que a participação nos rendimentos e nas aquisições é aquela que melhor traduz a efetiva comunhão estabelecida na constância do matrimônio por virtude do bom entendimento conjugal (a que se aludiu no número anterior). Ela é que verdadeiramente aproveita ao cônjuge que se tornou credor moral duma compensação: aproveita-lhe tanto, na generalidade dos casos, como se fôra proprietário dos bens que produzem aquêles rendimentos ou tornaram possíveis aquelas aquisições. A participação na propriedade de metade dos bens do outro cônjuge, essa, já não é, muitas vêzes, uma compensação para si, mas antes uma compensação dada aos seus herdeiros, que não se vê porque hão-de merecer ser compensados.

Só assim não sucede quando êsse cônjuge, que se tornou merecedor duma compensação, sobrevive ao cônjuge mais abastado — cujos bens ajudou a conservar e frutificar —, pois, nesse caso, vê-se impossibilitado de continuar a auferir os rendimentos que de tais bens recebia na constância do matrimônio. Êsse inconveniente, porém, prende-se já com o problema, mais geral, da situação do cônjuge sobrevivente, que o regime da comunhão de adquiridos protege menos eficientemente que o da comunhão geral. Dêlenos ocuparemos já adiante.

7.º — O argumento de que, na comunhão geral de bens, a participação dum cônjuge nos bens *próprios* do outro serve de justa contrapartida à participação dêste nos *adquiridos* daquele é produto, igualmente, duma generalização apressada.

O caso ventilado — aquisição de bens de avultado valor, à custa exclusiva do seu trabalho, pelo cônjuge que menos

bens levou para o casal — não parece que tenha a frequência suficiente para ser arvorado em paradigma e dêle inferir a regulamentação do *regime justo* para a generalidade dos casos.

Deve, de resto, acrescentar-se, que nem mesmo nesse caso a comunhão geral seria sempre justa, pois é muito difícil de dizer até que ponto as aquisições dum cônjuge, na constância do matrimônio, são produto *exclusivo* do seu trabalho. Aqui, sim — e muito mais que há pouco, a propósito da simples *conservação* dos bens próprios —, costuma tomar relevo a silenciosa colaboração do outro cônjuge, através da paz de espírito e da alegria de viver de que soube encher o lar conjugal, e sem as quais não teria sido possível o trabalho fecundo de que aquelas aquisições representam o fruto.

Não se fale, pois, da necessidade de equilibrar a participação dum dos cônjuges nas *aquisições* do outro — que é uma participação, quase sempre, inteiramente justa — com a participação dêste nos *bens próprios* daquele, normalmente desproporcionada em relação àquela e de justiça muito mais duvidosa, na generalidade dos casos.

8.º — Entre as afirmações feitas em favor da comunhão geral de bens, uma há, forçoso é reconhecê-lo — e já acima expressamente o fizemos (56) — que regista um fato incontroverso: a comunhão absoluta defende melhor os interesses do cônjuge sobrevivente que a comunhão de adquiridos.

Resta saber se essa razão, só por si, é suficiente para preferir a comunhão geral, com todos os defeitos já salientados, como regime de bens de direito comum. A resposta a dar é francamente negativa, tanto mais que esta real deficiência da comunhão de adquiridos pode facilmente suprir-se por outra via.

(56) Cfr. *supra*, n.º 6.º deste § IV.

Comecemos por salientar que o quadro não é tão negro, no direito vigente, como poderia parecer à primeira vista: — Na generalidade dos casos, o cônjuge sobrevivivo ou beneficia duma *proteção jurídica* — como é o usufruto de metade ou da totalidade da herança, que, em certos casos, o direito português lhe concede (57) — ou duma *proteção de fato*, traduzida no carinho com que é tratado pelos herdeiros do cônjuge predefunto. Quando não pode contar com a primeira nem com a segunda destas proteções, resta-lhe sempre o seu *direito a alimentos* (58) e, no direito português, a proteção do seu *apanágio*, que lhe dá “direito a ser alimentado pelos rendimentos dos bens deixados pelo falecido, sejam de que natureza forem” (59). E êsse direito, que se encontra devidamente garantido com hipoteca legal (60), está longe de ter mero valor simbólico, pois o art.º 1232.º do Código Civil português — seguindo, aliás, a orientação geral do art.º 178.º — declara expressamente que êsses alimentos “serão taxados pelo prudente arbítrio do julgador, em proporção dos rendimentos dos sobreditos bens, e conforme a necessidade e condição do alimentado”. Isto quer dizer que, no direito português, o cônjuge sobrevivivo gozará, a maior parte das vêzes, duma situação semelhante à que teria se dispusesse de usufruto duma importante fração da herança.

É inegável, mesmo assim, que os regimes de separação — comunhão de adquiridos incluía — oferecem um risco para o cônjuge sobrevivivo, a que êle não está sujeito na comunhão absoluta. E é de tôda a justiça pô-lo a coberto dêsse risco, se se adotar a comunhão de adquiridos como regime

(57) Cfr. *supra*, notas 41 e 42.

(58) Cfr. *supra*, nota 43.

(59) Cfr. *supra*, nota 44.

(60) *Código Civil português*, art.º 906.º: “Os credores, que têm hipoteca legal, para segurança do pagamento das suas dívidas, são: 4.º — O cônjuge sobrevivivo nos bens do cônjuge falecido, para pagamento do apanágio a que tenha direito”.

de bens supletivo. Bastará, para tanto, protegê-lo com um direito de usufruto sôbre uma parte da herança, sejam quais forem os herdeiros chamados a suceder na propriedade da mesma, e atribuir a êsse usufruto, não a simples natureza de *legado legítimo* — com o que a proteção resultaria de eficácia reduzida —, mas sim a natureza de verdadeiro *legado legitimário*, como já hoje sucede, por exemplo, no direito italiano (61).

A comunhão de adquiridos, pelas várias razões acabadas de apontar, apresenta-se, pois, como um regime muito mais razoável e mais justo que a comunhão geral de bens; e tudo aconselha que se lhe dê preferência como regime de bens supletivo. É um regime que combina, numa solução harmônica e equilibrada, as vantagens da separação com as da comunhão, e que evita — nos pontos onde mais convém que sejam evitados — os inconvenientes duma e doutra: — Conserva separados os bens que cada um dos cônjuges levou para o casal ou que posteriormente adquiriu a título gratuito, evitando, assim, condenáveis transferências de bens dum dos cônjuges para a família do outro cônjuge (62); e considera comuns os rendimentos dos bens próprios e as aquisições a título oneroso feitas na constância do matrimônio, o que constitui uma justa e proporcionada participação dos dois cônjuges nos resultados dos seus esforços comuns e da colaboração material e moral que mutuamente se prestam (63). Por outro lado, impedindo que o casamento se transforme num meio de adquirir, a comunhão de adquiridos apresenta-se como um regime altamente moralizador, sem cair nos exageros e nos riscos da separação absoluta de bens.

Além de tudo isto, a supletividade da comunhão de adquiridos tem a vantagem de dispensar normas jurídicas

(61) Cfr. *Código Civil italiano*, art.º 540.º

(62) Cfr. *supra*, n.º 4.º deste § IV.

(63) Cfr. *supra*, n.º 6.º deste § IV.

especiais para os casos de separação de pessoas e bens e de divórcio, o que constituía, como se viu (64), uma das exigências basilares formuladas pela manutenção da comunhão geral de bens como regime supletivo. Na verdade, ao contrário do que sucede com a comunhão absoluta, as soluções preconizadas pela comunhão de adquiridos, quanto à partilha dos bens do casal, apresentam-se tão razoáveis e justas para êsses casos como para a dissolução por morte, nada impedindo que o regime vigore uniformemente para tôdas essas hipóteses.

V

O problema que nos ocupa poderia ainda ser objeto duma outra solução, que seria a de se adotar, como regime supletivo, um sistema intermédio, com elementos da comunhão de adquiridos e elementos da comunhão geral.

Uma primeira fórmula conciliatória poderia ser, neste sentido, a seguinte: — As relações patrimoniais entre os cônjuges, na constância do matrimônio, seriam reguladas pelo sistema da comunhão de adquiridos. Por êsse mesmo regime se regularia a liquidação do casal, no que respeita às relações dos cônjuges com terceiros. Mas, uma vez feito isso, sendo a dissolução por morte e havendo filhos ou outros descendentes do matrimônio dissolvido, o patrimônio conjugal seria partilhado segundo as regras da comunhão geral de bens.

Que razões poderiam aconselhar esta solução conciliatória? Fundamentalmente, a preocupação de não abandonar de todo uma tradição de oito séculos, que se encontra de fato — diga-se o que se disser em contrário — bastante arraigada no espírito do nosso povo.

Se algum domínio há, na verdade, onde essa tradição possa ser mantida sem risco acentuado de consequência

(64) Cfr. *supra*, § III *in fine*.

reprovável, é o daqueles casamentos que, só se dissolvendo por morte dum dos cônjuges, deixam perpetuada a sua recordação através da sobrevivência de filhos ou outros descendentes.

Pode dizer-se que, então, deixam de ter relevo os principais defeitos apontados à comunhão geral e melhor se destacam os merecimentos que ela encerra. Efetivamente:

a) A aquisição de bens por parte dum dos cônjuges à custa do outro (65) deixa de impressionar-nos tão desfavoravelmente, pois o cônjuge sobrevivivo, na generalidade dos casos, é um *detentor transitório* dos bens que constituem a sua meação. À parte as hipóteses raras de dissipar êsses bens, de dispor da quota disponível em favor de estranhos, de sobreviver aos descendentes que com êle partilharam os bens do casal, ou de contrair segundas núpcias, o cônjuge sobrevivivo limita-se — e é o caso corrente — a conservar e usufruir os bens em causa, que serão transmitidos, por sua morte, àqueles mesmos descendentes do casal que os teriam herdado diretamente do cônjuge defunto, se outro fôsse o regime matrimonial que presidiu à partilha. Por outras palavras: embora efetivo *proprietário* da sua meação, o cônjuge sobrevivivo comportar-se-á normalmente perante ela, havendo filhos, como um simples usufrutuário.

b) Pelas mesmas razões, pode dizer-se que deixa de revestir acuidade, no caso que estamos a figurar, o risco da transmissão de bens avoengos dum dos cônjuges para os herdeiros do outro cônjuge, como prejuízo dos verdadeiros representantes da linha de procedência dêsses bens (66). É que, ressalvadas as hipóteses excepcionais mencionadas na alínea anterior, os herdeiros do cônjuge sobrevivivo serão os descendentes conjuntos seus e do cônjuge

(65) Cfr. supra, n.º 2.º do § IV

(66) Cfr. supra, n.º 4.º do § IV.

defunto, representantes, por sua própria natureza, das duas linhas familiares.

c) Forçoso é reconhecer, além disto, que a enaltecida interdependência da comunhão geral de bens com a verdadeira essência do casamento, em nenhum caso se pode invocar com tanto acêrto como na hipótese em apreciação. Se aquela interdependência só entra em crise, como sobejamente se demonstrou (67), quando a perfeita união dos cônjuges não conseguiu realizar-se, evidente se torna que o menor risco dessa crise reside no casamento que só a morte dissolveu e em que os cônjuges deixaram descendência.

d) É também neste caso da existência de descendentes do casal dissolvido por morte, que maior relevo assume a proteção dispensada pelo regime de comunhão geral de bens ao cônjuge sobrevivente. É então que este verdadeiramente carece de ser protegido com o reconhecimento do direito à sua meação, pois a afeição do outro cônjuge pelos filhos pode facilmente fazê-lo esquecer a afeição que igualmente lhe deve a si, e não lhe deixar garantido um suficiente lucro de sobrevivência, se este depender exclusivamente da sua vontade. Já idêntico risco não existe, pelo menos com a mesma acuidade, quando não há descendentes: perante simples ascendentes ou colaterais, é natural que o outro cônjuge não esqueça facilmente os seus deveres de afeição conjugal, contemplando-o suficientemente em testamento, ou, pelo menos — no caso do direito português —, não lhe cerceando o legado de usufruto que a lei, nesses casos, quase sempre lhe concede (68).

e) Não é despicienda, finalmente, a vantagem de ordem fiscal que que representa, para os descendentes do

(67) Cfr. supra, n.º 5.º do § IV.

(68) Excetua-se o caso da devolução da herança aos ascendentes legítimos, ao qual, aliás, fácil seria estender, *de iure condendo*, o mesmo privilégio.

casal, o pagamento do imposto sucessório em duas prestações, mais ou menos distanciadas no tempo: metade por morte do cônjuge primeiro falecido, e a outra metade só por morte do outro.

Nas famílias onde reina a melhor harmonia, os filhos não têm pressa de herdar o patrimônio dos pais. Além das razões de ordem afetiva que os levam a desejar ardentemente que o momento da perda dos pais nunca mais chegue, nem sequer interêsse material têm normalmente em receber a herança, porque já em vida dos pais começaram a beneficiar daquela efetiva *comunhão de bens* que é fruto da boa harmonia familiar e está para além dos regimes matrimoniais regulados na lei (69). A sua investidura na titularidade da herança paterna representa, sim, não poucas vezes, um forte *contratempo* patrimonial, por vir acompanhada do encargo dum inesperado e pesado imposto sucessório, sem nenhum acréscimo de interêsse pecuniário que sirva para contrabalançá-lo. Dando-lhes a possibilidade de pagar aquêlo imposto em duas metades, em ocasiões diferentes, a partilha do casal em regime de comunhão absoluta é-lhes, por vezes, extremamente vantajosa (70).

Não é, no entanto, isenta de críticas a solução preconizada:

a) Um primeiro defeito se lhe pode logo apontar, que é o de quebrar a unidade de regulamentação do regime de bens supletivo, com todos os inconvenientes de ordem jurídica e de ordem prática que daí podem resultar: um

(69) Cfr. supra, n.º 5.º do § IV.

(70) Não se esqueça, além disso, que, havendo no direito português uma isenção de imposto sucessório, em favor de descendentes, para as heranças até 100 contos, se um dos pais tem avultada fortuna e o outro nada, o regime da comunhão geral representa, para os filhos, uma possibilidade de beneficiar duas vezes daquela isenção (uma vez, por morte do pai, e outra, por morte da mãe) o que não sucederá se outro fôr o regime que preside à partilha.

regime para a dissolução da comunhão por morte, outro para a dissolução por divórcio ou por desquite; um regime para a hipótese de sobreviverem descendentes, outro para a hipótese inversa. Embora os interesses de terceiros estejam devidamente protegidos contra esta incerteza do regime que presidirá à partilha do patrimônio conjugal — através do expediente de o regime ser sempre, para êles, o da comunhão de adquiridos —, tal incerteza terá sempre efeitos nocivos para as relações entre os cônjuges na pendência do matrimônio, e deve, por isso mesmo, ser evitada.

b) Nada justifica, além disso, que o casamento se transforme em meio legítimo de adquirir pelo fato de haver descendentes à data da sua dissolução, quando não é considerado como tal na hipótese de ser infecundo.

Diz-se contra isso, como vimos, que o cônjuge sobrevivente será, normalmente, um *detentor transitório* da sua meação, que transmitirá, depois, intacta, aos mesmos herdeiros do cônjuge predefunto. Esquece-se, porém, que, entre as hipóteses em que tal pode não se verificar, figura uma que não é tão excepcional nem tão despicienda como se insinuou: a das segundas núpcias. Sobretudo nos casamentos que se dissolveram prematuramente por morte dum dos cônjuges, não tem nada de invulgar o desejo do cônjuge sobrevivente de constituir nova família. E não se percebe porque há-de entrar no novo lar com metade da fortuna do cônjuge predefunto, só pelo fato de terem filhos desse primeiro casamento. Medidas limitativas, do gênero da do art.º 1235.º do Código Civil português (71), podem atenuar, mas não suprimir totalmente o prejuízo que desse segundo casamento advém para os filhos do primeiro matrimônio.

(71) *Código Civil português*, art.º 1235.º: “O varão ou a mulher, que contrair segundas núpcias, tendo filhos ou outros descendentes sucessíveis de anterior matrimônio, não poderá comunicar com o outro cônjuge, nem por qualquer título doar-lhe mais do que a metade dos bens que tiver ao tempo do casamento ou que venha a adquirir por doação ou herança de seus ascendentes ou de outros parentes”.

c) A tudo isto acrescem as complicações de ordem prática que forçosamente suscitaria uma partilha do casal, em parte presidida pelo sistema da comunhão de adquiridos e em parte presidida pelo sistema da comunhão geral. Basta olhar para as dificuldades que haveria em regulamentar a liquidação do passivo do casal, uma sendo a posição jurídica dos cônjuges perante terceiros e outra a sua posição jurídica um perante o outro.

d) Quanto às aludidas vantagens de ordem fiscal, tudo poderia remediar-se à custa de legislação adequada, quer alargando o limite da isenção do imposto sucessório, quer mandando somar e dividir por dois, para efeitos tributários, a fortuna dos dois cônjuges.

* * *

O sistema acabado de analisar nas suas vantagens e nos seus inconvenientes não seria, de resto, a única solução conciliatória possível, entre o regime da comunhão geral e o regime da comunhão de adquiridos. Um outro poderia sugerir-se e que representaria, bem vistas as coisas, um regresso muito mais puro à velha tradição jurídica portuguesa: — O regime supletivo continuaria a ser, como hoje, e para todos os casos, o da comunhão absoluta; mas a lista dos bens incomunicáveis constante do art.º 1109.º do Código Civil português (72) e do art.º 263.º do Código Civil

(72) *Código Civil português*, art.º 1109.º: “Não exceptuados da comunhão: 1.º — Os prazos de livre nomeação enquanto não tomarem a natureza de fideiussins hereditários; 2.º — Os bens doados ou deixados com a cláusula de incomunicabilidade ou os subrogados em lugar dêles; 3.º — Os bens herdados pelo pai ou mãe bínubos, por morte do filho de outro matrimônio, existindo irmãos germanos do filho falecido ou filhos de irmãos germanos falecidos, nos termos do artigo 1236.º; 4.º — A metade dos bens que possuir o cônjuge que passar a segundas núpcias ou dos que herdar de seus parentes ou receber por doação, tendo de anterior matrimônio filhos ou outros descendentes, nos termos do artigo 1235.º; 5.º — Os vestidos,

brasileiro (73) seria consideravelmente alargada, de forma a transformá-lo, sob muitos aspectos, num regime bastante aproximado da comunhão de adquiridos. Entre êsses bens incomunicáveis, incluir-se-iam, especialmente, os bens de procedência familiar, recebidos por herança ou doação de parentes próximos, por qualquer dos cônjuges, antes ou depois do casamento.

A tradição da comunhão absoluta seria, assim, restaurada em termos bastante aproximados aos da sua velha organização (74), com a vantagem de se dar a merecida atenção ao incremento tomado nos nossos dias pelas fortunas mobiliárias. Na verdade, enquanto o velho direito português apenas excluía da comunhão os bens da coroa, de morgado, de prazos em vidas, e semelhantes — bens de natureza imobiliária, portanto, que eram, ao tempo, a principal fonte de riqueza —, a solução preconizada atribuiria também a natureza de incomunicáveis a todos os demais valores de procedência familiar, como o estabelecimento comercial, as quotas e ações de sociedades, os títulos da dívida pública, etc.

roupas e outros objetos de uso pessoal e exclusivo dos esposos, e as jóias esponsalícias dadas pelos esposos antes do casamento. § único — A incomunicabilidade dos bens mencionados neste artigo não abrange os frutos e rendimentos dos ditos bens, o valor das benfeitorias, nem o preço do prazo comprado na constância do matrimônio”.

(73) *Código Civil brasileiro*, art.º 263.º: “São excluídos da comunhão: I — As pensões, meio-soldos, montepios, tenças e outras rendas semelhantes. II — Os bens doados ou legados com a cláusula de incomunicabilidade e os subrogados em seu lugar. III — Os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva. IV — As doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro, com a cláusula de incomunicabilidade. IX — As roupas de uso pessoal, as jóias esponsalícias dadas antes do casamento pelo esposo, os livros e instrumentos de profissão e os retratos de família. ...”

(74) Cfr. *supra*, n.º 1.º do § IV

O argumento mais valioso que pode invocar-se em favor desta solução, à parte a sua rigorosa fidelidade à nossa tradição histórica, é o de que ela permite conciliar harmônicamente, melhor que qualquer outra, os dois interesses essenciais — e tantas vezes antagônicos — que coexistem dentro de cada sociedade conjugal: a realização da unidade espiritual e moral entre os cônjuges (“*erunt duo in carne una*”) e a perpetuação do nome, das tradições e dos sentimentos familiares através das gerações. O primeiro interesse, que representa a realização do ideal familiar *a curto prazo* está intimamente ligado, no plano patrimonial, com a comunhão absoluta. O segundo interesse, que representa a realização do ideal familiar *a longo prazo*, para além da efemeridade da vida dos cônjuges, encontra na comunhão de adquiridos a sua expressão mais perfeita.

A solução justa, poderá então dizer-se, será a de procurar satisfazer ambos êsses interesses, na medida do possível, isto é, não sacrificar o primeiro para além dos limites naturalmente exigidos pela realização do segundo, nem êste senão na medida necessária para a realização daquele. Ora ninguém contesta que o regime puro da comunhão absoluta sacrifica demasiado o segundo interesse em homenagem ao primeiro; e que o regime puro da comunhão de adquiridos sacrifica o primeiro interesse bastante para além do que a satisfação do segundo o exige.

O sistema indicado representaria, assim, o justo equilíbrio: — Sacrifica a comunhão absoluta na medida em municáveis todos os bens de procedência familiar gratuita que é sacrificá-la para garantir a continuidade das tradições familiares através das gerações, considerando incoamente adquiridos; mas não vai mais longe nas suas exigências, consentindo que continuem a considerar-se municáveis tôdas as aquisições onerosas, inclusive se anteriores ao casamento, e as próprias aquisições a título gratuito efetuadas fora do quadro familiar.

Esta solução conciliatória é inegavelmente engenhosa, na sua extrema simplicidade, e está isenta das críticas fundamentais dirigidas à que primeiramente se expôs: não há quebra de unidade na regulamentação interna do regime supletivo, nem complicações práticas na sua execução para a partilha do casal, nem riscos tão acentuados no caso de segundas núpcias, salvaguardada como está a incomunicabilidade dos bens familiares.

Resta saber se, mesmo assim, deve considerar-se razoável a comunicabilidade, que o sistema preconiza, a respeito dos bens *próprios* de procedência não familiar. A idéia de que êsses bens são de diminuta importância — pois na idade em que um indivíduo casa ainda não teve tempo de efetuar grandes aquisições à custa do seu trabalho — pode levar a uma errada colocação do problema. Na verdade, não são raros os casos de pessoas que casam só na idade madura, depois de terem constituído valioso pecúlio pelo seu esforço; e não é indiferente determinar se é justo ou não que êsses bens se comuniquem ao outro cônjuge.

Ora é forçoso reconhecer que algumas das razões de maior peso invocadas contra a comunhão absoluta têm tanto cabimento a respeito dêstes bens como a respeito dos bens de procedência familiar. Também aqui, na verdade, nada justifica que o casamento seja meio de adquirir (75), podendo a participação dum dos cônjuges nos bens dessa categoria pertencentes ao outro tornar-se tão escandalosa como a respeito dos bens familiares. Também aqui, do mesmo modo, não se vê que a colaboração moral e material prestada por um cônjuge ao outro na constância do matrimônio exija uma tão desproporcionada e tão irregular compensação (76). E também aqui, finalmente, não se vê que a comunicabilidade seja uma exigência imperiosa da

(75) Cfr. *supra*, n.º 2.º do § IV.

(76) Cfr. *supra*, n.º 6.º do § IV.

realização do ideal familiar da união pessoal dos cônjuges (77).

A tudo isto acresce que o sistema em causa suscitaria dificuldades quanto à resolução do problema da posição que deve ser dada ao cônjuge sobrevivente no quadro da sucessão. A incomunicabilidade dos bens de procedência familiar tornaria irrelevante, para a maioria dos casos, a proteção sucessória que o cônjuge sobrevivente encontra no levantamento da sua meação; e, por isso mesmo, tornaria sempre necessário ir para a solução de consagrar na lei, em seu favor, um *legado legitimário* do usufruto duma fração da herança do cônjuge defunto (78). Como porém, nunca se lhe poderia tolher o direito à sua meação nos bens comunicáveis, com frequência sucederia ficar o cônjuge sobrevivente numa posição de injustificado privilégio. É o que sucederia sempre que o cônjuge predefunto fôsse titular de avultada fortuna, constituída por bens de procedência não familiar: o cônjuge sobrevivente levantaria a sua meação e teria sua meação e teria ainda, além disso, um legado legitimário de usufruto sobre uma parcela importante da meação do outro cônjuge, deixando em situação de grande inferioridade os herdeiros deste, sem justificação nenhuma.

A solução que acabamos de apreciar não parece merecer, assim, uma aceitação incontroversa. Não dá a satisfação devida aos partidários da comunhão geral, pois atribui a este regime um valor puramente simbólico, desvirtuando-o totalmente na sua aplicação prática; e rouba à comunhão de adquiridos algumas das suas principais virtudes, trocando-as pelos defeitos da comunhão absoluta, em busca duma hipotética conciliação dos dois regimes, que, em boa verdade, não consegue realizar.

(77) Cfr. *supra*, n.º 5.º do § IV

(78) Cfr. *supra*, n.º 8.º do § IV.

Conclusões

De tôdas as considerações expendidas, parece resultar nítida a conclusão de que nenhum regime de bens supera em razoabilidade e em justiça o regime puro da “*comunhão de adquiridos*” ou “*comunhão parcial*” e que é êsse o regime cuja *adoção* se impõe, no direito português e no direito brasileiro, como regime matrimonial de bens supletivo.

A supletividade da comunhão geral de bens é, nos dois direitos lusíadas, uma instituição que foi ultrapassada pelo condicionalismo social dos nossos dias a que nada justifica se mantenha. Sendo, porém, essa supletividade uma das mais expressivas manifestações do fundo histórico comum do direito privado dos dois países, seria de desejar que uma alteração de tal vulto fôsse introduzida, ao mesmo, no direito português e no direito brasileiro, a fim de não quebrar a unidade que neste ponto, como em muitos outros, os dois sistemas jurídicos têm sabido manter.

Em Portugal, o problema pode considerar-se hoje suficientemente maduro para que a alteração sugerida possa ser objeto duma reforma legislativa; e espera-se que ela venha a ter lugar, com a aceitação quase unânime das opiniões responsáveis, na próxima reforma do Código Civil. Aqui se emite o voto de que também no Brasil o problema suscite a merecida atenção dos estudiosos, de forma a poder ser objeto, em breve prazo, duma reforma legislativa adequada.